

## 《研究ノート》

## 法系論をめぐる議論

小 林 成 光

## 目次

- 第1章 はじめに
- 第2章 世界における法の分類—法系
- 第3章 旧来における法系論
- 第4章 最近における法系論の展開
- 第5章 法系論の課題と展望
- 第6章 おわりに

## 第1章 はじめに

わが国では、Zweigert&Kötzの基準に基づき、西洋法圏（ロマン法族、ドイツ法族および西洋法を継受した日本法等）、コモン・ロー法圏（イギリス法族、アメリカ法）、脱社会主義途上法圏（ソヴィエト法、東欧諸法）、および宗教的・哲学的共生法（イスラーム法、ヒンドゥー法、極東諸法）という大木雅夫の法圏論<sup>(1)</sup>が代表的なものがある。この法圏論では日本法は西洋法圏となるが、西洋法圏から見た日本法という西欧中心主義（Eurocentrism）の分析になっているように思われる。大木と並ぶ法系論の先達である五十嵐清は、「さしあたり日本、韓国、中国、台湾という3国家という1地域<sup>(2)</sup>のあいだに東アジア法系<sup>(3)</sup>」をひとつの法系として捉えるが、日本法は現在も大陸法<sup>(4)</sup>であるとするので、西欧中心主義のもとにある。いずれの見解も私法、とくに民法を中心とする点において限界があった。

最近では、私法集中を超えて、複数の法制度からなる混合法域であるというPalmerの見解が有力になっている。この混合法系という考え方は以

前には周縁的なものであったが、EU 法に代表されるように現在では混合法系こそが法分類の中核になってきている。混合法系は、大陸法系と英米法系という旧来の分類を前提とし、西欧中心主義という発想を脱していない。

そこで、このような発想から脱却して、新たな法系論を提唱する、Mattei による意欲的な取り組みがある。Örücü は、混合法系を発展させ、旧来の法系、法圏という分類そのものが不可能で、新たな法系論を再生させるべきであるという注目に値する見解を発表している。それでは、旧来の法系論、法圏論は無用の長物ではないかという疑問が生じる。

本稿は、五十嵐の御業績を範として、法系という視点から法系論を紹介することを目的とする。まず、第二章で法系とは何であるかという点を考察し、第三章で世界の法系論を紹介することにする。次いで、第四章で、1990年代後半および2000年代における法系論を紹介し、第五章で法系論の課題と展望について検討することにする。

## 第2章 世界における法の分類—法系

### (1) マクロ比較とミクロ比較

比較法は2つの研究分野に分類される。すなわち、マクロ比較とミクロ比較である。一般的には、ミクロ比較は、現実問題の視点、とくに欧米資本主義社会の視点から考察される法規範、判例・法制度、英米法と大陸法との相違、法理論、私法を扱ってきた<sup>(5)</sup>。そしてマクロ比較は大きなスケールのテーマを扱う。世界の法系の体系化及び分類はマクロ比較の核心にある。それは法制度全体の比較を扱うものである。

九  
七

### (2) マクロ比較

マクロ比較は、一般に基本問題に解答を示そうとするものである。基本問題とは、世界の法系 (legal systems) を法群 (legal groups、legal fam-

ilies)、法圏 (Rechtskreise) などに分類することができるであろうかというものであり、このような分類はいかなる基準によって行われるべきであろうか、そしてある特定の法系がいずれのグループに属するべきであるか<sup>(6)</sup>ということである。しかし、学生、学者、実務家、立法府によって異なる比較の目的、さらに国家法のみならず非国家法をも含むべきであるかという比較のレベル、国家法に限定しても法、秩序、文化または伝統という比較の単位が明確でないという問題がある。

このように文化という概念が明確でないが、比較法文化論と比較法との関係が問題となっている。比較法文化論は比較法の研究とは異なるが、比較法文化論は法文化全体、とくに法文化に深く根ざしている現象としての法に焦点を当てる。比較法、とくに比較法研究全体は世界の法系全体をマクロレベルで把握することを目的とする。

### 第3章 旧来における法系論

1900年代から21世紀にかけてマクロレベルで世界の法系进行分类する試みが数多くあるが、まだ法系に関する明確な定義が存在しない。すべての分類方法は絶対的でなく相対的性格を脱することができないでいる。動物学者または植物学者の分類方法に匹敵する法に関する分類法を構築するのは事実上不可能であるとされた<sup>(7)</sup>。法系の分類に伴う主要な問題は適切な区分基準を確認することにある<sup>(8)</sup>。

かつては、その分類はひとつまたは2・3の基準に基づいて行われてきた。しかし、現代のアプローチは関連する要素を含むいくつかの基準を考慮するものである。相違が存在しているとしても、考慮すべき要素は同様な様式 (style) のものである。例えば、歴史的伝統、イデオロギー、様式、法的議論、判決理由、裁判制度の構造、法の経済的基礎、法学的思考の背景となる哲学、法源論などである。

本章では、法系論をめぐる議論を紹介することにしよう。

## (1) Esmein

1900年に、法系という概念が比較法に導入された。<sup>(9)</sup> 1900年とは第1回比較法国際会議が開催された年である。1905年になると、Esmeinが複数の<sup>(10)</sup>基準に基づく分類を呈示した。この分類は歴史、地理、および宗教に基づくものであった。しかし、彼は分類する基準として人種をも考慮し、アジア法およびアフリカ法以外の、ロマン法系、ドイツ法系、アングロ・サクソン法系、スラブ法系およびイスラーム法系という5つの法系を提案した。

この法系は今日でも時代遅れでない。今日の法系の基本的要素が既に存在したからである。時が経過しても基本的な法系が維持されている。すなわち、ロマン・ドイツ法系、英米法系および他の法系である。しかしながら、EU法の発展はこのような法系の分類に変化を生じさせることになった。

## (2) Sauser &amp; Hall

初期の分類は今日のものとは極めて異なる状況から構築されたものである。その当時における法系分類の基準は今日でも極めて批判にさらされている。一例として、人種の区分という観念に基づいているとして、悪名高いSauser & Hallの分類を述べる<sup>(11)</sup>ことができる。人種から、アーリア人またはインド・ヨーロッパ人、セム人、モンゴル人（主に、中国人および日本人）の法および未開人（主にアフリカ人およびメラネシア人）の法という分類がなされた。しかしながら、今日、明確に人種的思考に基づくこのような分類はマクロの比較法として有効なものでない。分類の基準として、人種の観念は現代比較法の学問的課題とされていない。

九五

## (3) Arminjon, Nolde &amp; Wolff

現代比較法の世界において、Arminjon, Nolde & Wolffによる有力な<sup>(12)</sup>法系分類がある。その分類は私法に基づくもので、歴史、法源、法技術、

法律用語、法概念・文化という要素を考慮した。しかし、基本的法系は、フランス法系、ドイツ法系、北欧法系、イギリス法系、ソビエト法系、イスラーム法系、インド・ビルマ法系という7の法系とする言語の基準によって行われた。これらの言語とは、フランス語、ドイツ語、北欧語、英語、ロシア語、イスラーム語およびヒンドゥー語であった。法系にはシナ・チベットの言語が除外されていた。

彼らの分類は多くの点において現代的である。比較法の歴史上彼らの分類は世界全体で生じていた変化を反映したものであったが、個々の要素の殆どは今日でも考慮されるものである。彼らの分類は、以下の（5）で述べる Zweigert & Kötz による法系分類の基礎となった。

#### （4）Schnitzer

代表的な初期の法系分類として、以前の分類のみならず法史をも反映するシステムの構築を目標とする Schnitzer の分類を挙げることができる。<sup>(13)</sup> 彼は、『比較法学（第2版）』において広義の意味における原始人の法、広義の意味における地中海の文化人の法、ヨーロッパ・アメリカ法圏、ユダヤ法、キリスト法およびイスラーム法を含む宗教法、ならびにアフリカ・アジア人の法圏という法制度を5グループに区分した。彼はこの制度をさらに精緻なものとし、ヨーロッパ・アメリカ法圏をさらに、ロマン法、ドイツ法、スラブ法および英米法という4グループに区分したが、ロマン法とドイツ法との区分を時代遅れであるということを強調した。彼は、フランス法、イタリア法、ドイツ法、北欧法、バルト法、ソビエト法、ポーランド法、ハンガリー法、アメリカ法およびイギリス法などを下位のグループに位置づけた。

Schnitzer の法文化を強調する見解は、現在でも数多くの比較法学者の間で支持されている。<sup>(14)</sup>

#### （5）David および Zweigert & Kötz

David および Zweigert & Kötz による法系分類は、社会的変化と多くの挑戦にもかかわらず存続した。彼らの著書は多年にわたり版を重ね、翻訳されたのである。

### ①David

David は、西欧諸国の私法に基づいて構築された大体系のアプローチとして著名な『現代の大法系』<sup>(15)</sup>を著した。彼は、ロマン・ゲルマン法族、コモン・ロー族、社会主義法族という3の法族および哲学的または宗教的制度を提案した。最後のグループとして、イスラーム法、ヒンドゥー法、極東法（中国・日本法）、<sup>(16)</sup>アフリカ・マダカスタル法がある。しかしながら、最後の群は法族と位置づけられていない。その群に属するのは全く独立しているからである。

主要な分類基準はイデオロギーおよび法技術という不変的要素であったが、前者の基準のほうが重要であった。とくに、西欧法系の特徴として、自由主義的デモクラシーの政治・社会原理、資本主義的経済構造、およびキリスト教の道徳的基礎に注目したのである。

David は、現在その数が減少したとされる社会主義諸国の法、とくにロシア法に重要な役割を与えた。これは、比較法こそが冷戦時代の敵国同士の間で共通の基盤を発見する手段であると考えたからである。すなわち、彼は、社会主義諸国と西欧諸国との法域における共通性の発見を目的とした。

David の法系は最も人気があり、社会主義法崩壊後でもその影響力はまだ絶大である。<sup>(17)</sup>大系の分類法およびアプローチに対して、一貫性がなく、曖昧であるという批判がある。

### ②Zweigert & Kötz

David 以後、マクロの比較法の正統的地位は Zweigert & Kötz の法圏論により維持されてきた。<sup>(18)</sup>彼らの分類は、Arminjon, Nolde & Wolff のものと余り異ならない。彼らは、今日ではソ連が崩壊したので、ロマン法圏、ドイツ法圏、北欧法圏、および英米法圏を認識する。これら以外にも、彼

らはまた、法圏というよりも単なる「寄せ集め」である中国法および日本法からなる極東における法、イスラーム法およびヒンドゥー法からなる宗教法系をも認識している。

彼らの基本的出発点は、複数の基準から開始すべきで、David のようにイデオロギーという単一の基準に傾斜しないということである。最も重要な基準は「法の様式」といものである。比較法学者は法の様式を把握し、法系を法群に分類する基準として顕著な特色を用いなければならないとする。その分類は、とくに書名が示すように私法の観点からなされているもので、事項関係的にも時間的にも絶対的でない。<sup>(20)</sup>

法の様式には、考慮すべき多様な要素がある。これらの要素とは、歴史的背景・発展、法的思考の形態、法制度、法源およびイデオロギーであるとされる。この意味において、これらの法系は多くの特徴を結合させたものである。「様式」という概念は曖昧であると批判されているが、<sup>(21)</sup> ロマン法圏とドイツ法圏との区別が斬新なものであった。さらに、Zweigert & Kötz は、ギリシア、ルイジアナ、ケベック州、スコットランド、南アフリカ、イスラエル、フィリピン、プエルト・リコ、中国などのように、単一の法系または法圏に置くのが困難である複合的な制度の問題点をも認識していた。<sup>(22)</sup>

David との類似点は、圏で区分することが世界の法制度を紹介するという役割を果たすという視点である。端的に言えば、方法論的・認識論的意味において、彼らは David の大体系のアプローチに一致したものである。このアプローチはまた、Glendon, Gordon & Osakwe の共著による分類にも応用されている。<sup>(23)</sup>

## 第4章 最近における法系論の展開

数多くの学者の批判があるにも関わらず、以下のように世界の法制度を分類しようとする試みが今日でも存在する。

### (1) Mattei

1997年に、Mattei は、最初にイタリア語で書かれた「法の三類型」という著名な論文の中で分類の提案をし、1990年以後において旧来の分類は必要でなくなり、新しい分類を創造する必要がある、と考えた。<sup>(24)</sup>

彼は法理論および Max Weber による法社会学から出発し、法規範の淵源を発見することが最も重要な点であるとした。法源を3つの主要なグループに区分する。すなわち、政治、法および哲学的または宗教的伝統である。Mattei は、それぞれの法系には多くの特徴がある、と考える。しかし、これらの特徴の中で支配的であるものによって、専門的法 (professional law)、政治的法 (political law)、および伝統的法 (traditional law)<sup>(25)</sup> という分類が行われる。

#### ①専門的法

専門的法として、英米法とロマン・ドイツ法とがあるとし、西欧法系はマクロの比較という観点から同種のグループであるという前提から出発する。このグループの代表的なものはコモン・ロー系、ロマン・ゲルマン法系、北欧法系、およびコモン・ローとロマン・ゲルマン法との混合法系 (例えば、スコットランドおよびケベック州) がある。

専門的法は、政治的決定と法的決定とを区分し、広く世俗化されているというのが大きな特徴である。しかし、法と政治とは完全には別個のものでないが、原則として区分されているとする。立法府または政府が法過程に直接的な影響力を及ぼすことができない。

#### ②政治的法

政治的法のグループでは、法および法過程が政治的關係による支配を受ける。この法には、ポーランド、ハンガリーおよびチェコ共和国を除く、旧社会主義諸国およびアフリカ・南アメリカにおける新興国がある。しかしながら、イスラーム教が支配的地位を占めている諸国が除外されている。キューバもこの政治的法のグループに属する。アジアに属する旧ソビエト



連邦共和国のみならず、中国、モンゴル、ヴェトナム、ラオスおよび朝鮮人民共和国は、アジアの法伝統に影響を受けているので、伝統的法として分類される。

政治的法は専門的法と同じような議論（例えば、民主主義）によって正当化される。政治的法は開発・移行国の法とされ、その構成国は社会的・政治的に不安定であるのがその特徴である。

### ③伝統的法

伝統的法では、宗教的伝統または哲学的伝統が法と不可分である法制度が含まれる。したがって、政治的法および専門的法のように、世俗化がこの法制度に貫徹していないのである。伝統的法として、イスラーム法、インド法および他のヒンドゥー法<sup>(26)</sup>、例えば、アジアの儒教的法概念がある。これらの制度においては、個人の行動を規律する規範に相当な影響を及ぼす社会的関係が存在し、伝統的法と法曹とは切り離されているのがその特徴である。

伝統的法は専門的法または政治的法とは異なる方法で正当化される。伝統的法のウェイトは、同じ制度内でも都会、地方、国によって異なり、法分野によっても異なる。例えば、日本と中国とは伝統的法に属するが、別の方向に向かっている。日本は専門的法に向かい、中国は政治的法に向かっているとす。

## （2）Vanderlinden

Vanderlinden の提案も学問的・科学的目的を追求するものとして興味深い<sup>(27)</sup>。彼の私法中心のアプローチは、Mattei のものと全く同じである。これは旧来の分類方法に対する率直な批判から始め、法体系を慣習法体系、理論法体系、判例法体系、立法体系、および啓示体系という5つのグループに分類する。

### （a）慣習法体系

慣習法体系とは古代の制度を意味するのではなく、社会的集団によって

慣習が決定される制度を指す。この例としては、アメリカ原住民の法的観念がある。

(b) 理論法体系

理論法体系とは、南アフリカおよびスリランカのロマン・ゲルマン法のように、他の法体系に起源を有する稀な体系である。

(c) 判例法体系

判例法体系とは。裁判所の判例に重点を置く体系である。これは、イギリスのコモン・ローに歴史的起源を有する体系である。

(d) 立法体系

立法体系は、主要な法源として法典法体系を優位とする体系である。

(e) 啓示体系

啓示体系は神の啓示に重要な役割を与える大系である。例えば、イスラム法、ヒンドゥー法および聖書法である。

(3) 第三法系・混合法域

最近の展開のひとつは、いわゆる「第三法系」の思考および混合法域という観念を中心的段階にもたらしただことである。混合法域はほぼ15法域からなり、そのうち11が独立国家であり、フランス群（ケベック州、ルイジアナ州、モーリシャスなど）、オランダ群（南アフリカ、スリランカなど）、およびスペイン群（プエル・トルコ、フィリピンなど）に区分される。

混合法域について明確な定義がないが、その特徴はコモン・ローと大陸法との混合が明らかであり、両法との間に明確な区分がないということである。このように、混合法域とは法系のアプローチを放棄するのではなく、その伝統を維持するものである。

① Palmer

代表的な混合法域の提唱者である Palmer によれば、世界の混合法域は、英米法系および大陸法系と並んで、英米法系と大陸法系とが共存する混合法系が存在するという。Palmer にとって第一法系と第二法系は大陸法で

あり英米法であり、混合法系は第三法系である。

この混合法系が独自の法を創造したか否については議論されている。混合法系は、大陸法系でも英米法系でもない新しい法理論を創造していないので、第三法系と呼ぶべきものでないと言われている。<sup>(29)</sup>しかし、Palmerは、スコットランドの信託、ケベックの浮動担保（floating charge）、ルイジアナの不利益的信頼（detrimental reliance）のように、英米法系と大陸法系の諸要素が合わさって、独自に創造されたものがあるとする。<sup>(30)</sup>

法系の観点からは、混合法系またはいわゆる「複合法系」は長い間周辺にあった。南アフリカ、ケベック、スコットランド、プエル・トルコ、フィリピンおよびイスラエルのような周辺の制度を主流とすることは、法系アプローチにおける新しい動向といえよう。

## ② Husa

法系には厳しい批判があるが、法系を再分類し、新たな法分類を必要であるとするのが Husa<sup>(31)</sup>の基本的立場である。Husa は、Mattei の 3 類型論を発展させ「変形によるダイナミックな分類」と称するものを提案し、西欧法文化圏（Western Legal Culture）、非西欧法文化圏（Non-Western Legal Culture）、混合法文化圏（Hybrid Legal Culture）の 3 つに分け、それぞれに強弱をつけている。<sup>(32)</sup>

### i）西欧法文化圏

西欧的法文化圏は主にロマン・ゲルマン法系とコモン・ロー法系とし、法源などの法技術において区別される。異論があるが、これらの法系は現在において接近しているとされ、いわゆる第三世界および旧社会主義諸国の法源とみなすことができるとされる。この法文化圏の欠陥は法律中心主義（legalism）であり、法律植民地主義（legal colonialism）というようなものが存在することは否定できない。

西欧法圏における主要な法制度（アメリカ、イギリス、フランス、ドイツ）が普及し、その解決策は多くの国で規制モデルとして採用されている。このグループの例外は社会主義法である。社会主義法は、Mattei によれ

ば専門的法でないものの、西欧マルクス主義マルキシズムの成果であるので、西欧法文化圏に属するが、1980年代末までにその影響力を弱めている。

## ii) 非西欧法文化圏

非西欧法文化圏として、その性格を強めているものとしてイスラム法とヒンドゥー法がある。西欧を起源とする世俗法と宗教と起源とする法文化との基本的相違は教会法と世俗法との区別にあるとされる。

しかし、非西欧法文化圏に属する諸国は西欧法文化における法解決のモデルを採用している。アフリカ、アジアではいわゆる「法の移植 (legal transplant)」がロマン・ドイツ法系、英米法系により行われたものの、その性格が弱まっている。

## iii) 混合法文化圏

法制度の基本的特徴として異なる2つ以上の法系が見られるという国がある。例えば、フィリピン法制度の基本はスペイン法に由来したが、アメリカ法の長期的影響がこの国の法制度を変えたとする。西欧法よりも発展していない制度のみが混合というわけではない。欧州共同体法自体が混合法の性格である。混合法的性格がスコットランドおよびルイジアナ州では弱まっているが、イスラエルおよびケベック州では強まっているとする。

## ③Örücü

Husa 以外にも、法系または法圏という伝統的分類を新しいものにする試みがある。Örücü によれば、混合法系を第三法系とするのは困難であるとする。そのグループに属する諸国が同じ要素を有するわけではないことは明らかであり、例えば、ケベック州とアルジェリアをひとつの法系とすることができないとする。

Örücü は、従来の法系論を破棄しなければならないとし、「系統樹」アプローチ (family trees approach) と呼ばれる新しいものを提案しようとする。<sup>(33)</sup> 法系は家系および構成要素にしたがって分類されるものである。新しい法群に分類することは複合的な法制度の思考に従った結果としての混成をも考慮するものであると思われる。

従来の法系の分類は疑いをもって法の構成要素を混成したものであるが、新しいアプローチはすべての法系を混合し、重複したものとみなし、混合的性格を法分類の出発点とすべきであるとしている。例えば、マルタ、香港、マレーシア、タイおよびトルコの法制度は混合したものである。実は、フランス法、ドイツ法およびイギリス法も同様であるとする。

この見解はいかなる法系をも純粹のものとみなすのではなくて、新しい形態の法における基本的要素を見ることである。Örücü の主要点は、従来の法系の形態を再構築すること、そして実際に起源、関係、重複を考慮して再構築をすることである。すなわち、より信頼できる世界における法制度の地図を再構築することが Örücü の目標である。

## 第5章 法系論の課題と展望

### （1）法系と法伝統との対立

2000年代に、比較法および比較法研究の分野において「法系」という概念に対立があった。とりわけ法文化および法伝統という概念が法系のアプローチに対峙するものである。しかし、法系という概念は文化と隔絶して法を考えるものであるもので、単なる法系ではなくて法文化を主張するものがある。代表的な法文化を提唱する Van Hoecke & Warrington は、西欧法文化と非西欧法文化とを区分し、更に非西欧文化をアジア法文化、法、道徳および宗教を区別しないイスラーム法文化およびアフリカ法文化に細区分<sup>(34)</sup>する。前章で述べた Husa の見解はこの区分を発展させ、法系と法文化とを架橋するものと評価される。

Glenn は、法文化は極めて包括的で多義的で曖昧であるので、法伝統<sup>(35)</sup> (legal tradition) という用語を使用すべきであるとし、代表的な法伝統を、原始・未開法または固有法と言われる土着法伝統 (Chthonic Legal Tradition)、ユダヤ法伝統のタルムード法伝統 (Talmudic Legal Tradition)、大陸法伝統、イスラーム法伝統、コモン・ロー法伝統、ヒンドゥー

一伝統、主に中国法を中心とする東アジア法からなる儒教法伝統（Confucian Legal Tradition）<sup>(36)</sup>に区分した。

伝統という用語には、静的、保守的、時代遅れというイメージがつきまとうが、代表的な法伝統を超えて相互の理解および対話のための枠組みを構築するという目的の達成に Glenn が成功していると評価されている<sup>(37)</sup>。しかし、北欧法、社会主義法、ロシア法、日本法についての言及も不十分なものである。土着法伝統およびアジア法伝統自体が批判され、第4版ではアジア法伝統は儒教法伝統と変更され、法伝統を重視し政治的体制の相違が軽視されている。<sup>(38)</sup>

また、法圏という概念も提案されたが、複雑なニュアンスの比較ができないという点で不十分なものである。

## （２）法系論の主要な問題点

### ①西欧中心主義

法系の主要な問題点は狭い文化概念にあった。これは、法系がロマン・ドイツ法系および英米法系という西洋法の視点からのみ構築されているという事実から理解されるであろう<sup>(39)</sup>。他の法系は下位に位置付けられているのである。とくに南東アジアは比較法において無視されてきた。<sup>(40)</sup>

このように、法系というアプローチは西欧的であると非難され、この意味において偏見的なものである。また、文化的に隔絶された制度または文化的に異なる制度を純粋に法的に比較することが方法論的に可能であるか否かが疑問視されている。

### ② 静止（Stasis）

法系分類するというプロジェクト全体は、学問的に厳しく批判されている。これは、社会主義法が消滅したことを除き、主に分類が静止的であることである<sup>(41)</sup>。むしろソ連が誕生するようになった前の時代に戻っている。現代のヨーロッパ化の過程はこのような展開を示しているように思われる。

したがって、比較された制度は同様な文化・法伝統に基づき相互に接近

してきている。しかし、文化的に隔絶した制度の現実には漠然としており、マクロの比較法研究が要求することを比較法学者は処理できないという現実のために、経験的知識が得られないであろう。法社会学、法制史、人類学および法文化研究との協働は将来にわたって行われなければならないであろう。これが法系というアプローチが法文化、法精神および法伝統による批判に対応できないでいる理由のひとつである。

### ③ 私法集中

法系のアプローチの明確な弱点は私法、とくに民法に集中していることである。<sup>(42)</sup>比較法全体、とくにマクロの比較は、憲法、行政法および刑法のような領域を無視してきた。グローバルに発展する中、比較公法の領域において種々様々な法系または法群の構築は疑問視された。公法は比較法研究<sup>(43)</sup>と呼べないほど政治体制と深い関連をもつと考えられるからである。この領域における比較研究が新たな公法の法系論を構築できるのかまたはこれらの法系が私法の観点から考慮されるべきか否かを検討することは興味深いところである。

### ④ その他

比較法学者が構築した概念的装置の利用を疑問視せずに、英米法系、ロマン・ドイツ法系、アジア法系、混合法系および宗教法について述べているという批判がある。<sup>(44)</sup>正当な批判があるが、法系には伝統という強みがある。同様な機能を果たす、よりよい概念を創造するのは困難である。法系として分類される法制度または法伝統は多種多様であるが、共通性があると評価される。

## （３）法系論の意義

「法系」は法制度を正確に説明するものでなくて、比較法研究のための第一段階のアプローチを提示するものであるという限界を認めるべきであろう。「法系」論はそれ自体、実証的および分析的なものである。以下で、法系論の意義について述べることにする。

### ① 教育・研究目的

以上の批判は、比較法が研究・調査以外に重要な教育目的をもっているという事実を十分に考慮していない。一般に、法系または法圏という概念そのものに疑問視している者でさえも、その教育的価値を認めている。法系のアプローチが新しい法曹教育に何らか付け加えることは疑いの余地がない。法系とは、外国法の実体法の内容を深く学ぶことができない学生に外国法研究を促進し、法制度について一般的見解を提示するものである。<sup>(45)</sup>

### ② 歴史的関係の説明

法系という概念自体に利点がある。それは、子供、親、従兄弟、遠戚などの家族構成員にまで比喻を拡大することができることである。<sup>(46)</sup>

例えば、イギリスのコモン・ローは他の英米法系諸国の母法であるとされてきた。近戚または遠戚によって、種々様々な法制度間の歴史的関係について言及することも利点である。この意味において、法系という概念は、種々様々な法制度間の歴史的関係の概念を含むものである。<sup>(47)</sup>

### ③ 経済発展との関係

La Porta らの著名な経済学者は、David および Zweigert=Kötz らの英米法系、大陸法系および北欧法を区別する法系論（日本法は大陸法系に属する。）を利用して、「法とファイナンス（Law and Finance）」というタイトルの文献に基づく実証研究を行う「法的起源（legal origin）」論を展開している。<sup>(48)</sup> 法的起源論は、法が征服、植民地化および自発的な移植によって世界中に広がったとし、「費用」と「効用」という観点から分析して、49ヶ国の商法・会社法・破産法における株主（投資家）および債権者の保護問題を中心に論じるものである。その帰結は、英米法系に属する諸国は大陸法系に属する諸国、とくにフランスよりも高い保護を与えられているというものである。ただし、日本法が属するドイツ法群の大陸法系諸国と北欧諸国は投資家保護において中間的立場である。最近では、英米法系に属する諸国は大陸法に属する諸国よりも経済発展の速度が速いとする証拠も存在する。<sup>(49)</sup>



しかし、大陸法系と英米法系との区分は証券規制の検討において有用であるかが疑問であるとされている。<sup>(50)</sup>証券規制の起源はローマ法とも中世のコモン・ローとも関係がない。例えば、アメリカ合衆国の証券規制では、制定法よりも判例法が優位でない。イギリスの証券規制では判例法はアメリカ合衆国よりも優位でない。さらに、イギリスの証券規制はEU法の影響を強く受けているのである。アメリカ合衆国の証券規制は中央ヨーロッパおよび日本のモデルとなっている。これらの諸国では判例法が重要になっている。

さらに、国際化およびグローバル化の影響が証券規制では特に重要である。国境を超えた投資・上場およびコーポレート・ガバナンス・コードは、法系の区分では捉えることができなくなっているのである。

ただ、法的起源論は、従来における民法典を中心とする法系論を会社法、金融法および破産法をも含める法系論に拡大するものとして興味深いものであることを指摘しておきたい。

## 第6章 おわりに

以上において不十分であるが、五十嵐清の御業績を範として過去から現代までの法系をめぐる議論を紹介した。David および Zweigert & Kötz などの旧来の法系論は、契約法、不当利得および不法行為法を中心とした私法の法領域において機能した。その後において、法系論は懐疑的になったと言える。第5章に述べたように、21世紀になって会社法および証券規制などの法分野において、法的起源論がDavid および Zweigert & Kötz の法系論を復活させたのである。

とくに会社法および証券規制では英米法系と大陸法系とが接近し、混合しているといえる。今後の課題としては、混合法が従来の法系論と一致させることができるのか、混合法は第三法系とも言うべきものであるのか、そして将来における法的発展を理解するために「混合」の過程がどのよう

であるかを研究することが重要である。しかし、結局のところ、混合法系という議論も西欧中心の発想から脱却できていない。

東アジア法系をひとつの法系として認める自体は同様である<sup>(51)</sup>。この意味において、アジア法、西欧法という地域的区分、さらに国家法と非国家法という区分を超えた、統一的な法系論を目指す Mattei および Özücü の見解が説得的であるように思われる。いずれにしても、独自の東アジア法系が成立するかそれとも東アジア法系を大陸法系に位置づけるべきかについて、国際的にも知られる千葉正士および安田信之の業績を範として、法社会学および法人類学の立場からの検討することは今後の課題としたい。そして、憲法、行政法、刑法などの公法と民法、商法などの私法という区分を超えた、法系論が成立するか否かについても同様である。

最後になるが、国士舘大学に着任してから公私にわたってお世話になった石田宣孝先生に謝辞を述べて、拙稿を終えることにしたい。

- (1) 大木雅夫『比較法講義』165頁（東京大学出版会、1992年）。大木は、Zweigert および Kötz に依拠しながら疑問を提示している。同「法圏論に関する批判的考察」上法23巻2号48-51頁（1980年）。なお、滝沢正『比較法』55-69頁（三省堂、2009年）をも参照。
- (2) 五十嵐清『比較法ハンドブック』252頁（勁草書房、2010年）。日本、中国、韓国の伝統的法文化は、漢字や儒教など、社会を表面的に観察すれば類似の現象が見られるものの、とくに日中のそれは、国制のあり方の根本的差異に規定され、異質なものとする意見がある。水林彪「アジアの伝統的法文化に関する研究の現状と問題点—日本の場合—」水林彪編『東アジア法研究の現状と将来』150頁（国際書院、2009年）。
- (3) 五十嵐・前掲注（2）260頁。
- (4) 五十嵐・前掲注（2）255頁。
- (5) WILLIAM TWINING, GLOBALISATION AND LEGAL THEORY 185（2000）。
- (6) K. ZWIEGERT & H. KOTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 63-64（Tony Weir trans, 3rd.1998）。
- (7) MICHAEL BOGDAN, COMPARATIVE LAW 82-83（1994）。
- (8) *Id.*, at 83.
- (9) PETER DE CRUZ, COMPARATIVE LAW IN A CHANGING WORLD 35（3rd.

- 2007).
- (10) SAUSER-HALL, *LA FONCTION ET LA MÉTHODE DU DROIT COMPARÉ* (1913) (未見).
  - (11) P.Esmein, *Le droit comparé et enseignement du droit*, in I CONGRESS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ-ACTES 451 (1905).
  - (12) I ARMINJON, NOLDE & M.WOLFF, *TRAITÉ DROIT COMPARÉ*, 3 VOLS (1950-52).
  - (13) ADOLF F. SCHNITZER, *I VERGLEICHENDE RECHTSLEHRE* (2d ed. 1961).
  - (14) 例えば、Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 INT'L & COMP. L.Q. 52 (1996) 参照。
  - (15) R. DAVID & JOHN E. C. BIERLY, *MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE STUDY OF LAW* (3rd ed. 1985). R. David は『現代の大法系』を公刊する以前に、『比較民法入門』を公刊していた。『現代の大法系』は『比較民法入門』の第2版というべきものであった。五十嵐・前掲書注(2) 190頁。
  - (16) 弟子の Camille Jauffret-Spinozi による第11版は、社会主義族を「ロシア法系」とし、哲学的または宗教的制度は「社会秩序と法と異なる概念」としている。なお、ヒンドゥー法はインド法でない。R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS* 373 (11<sup>e</sup> ed. 2002). ヒンドゥー法はインド法の一部で全体でないからである。
  - (17) 五十嵐は、「西欧法に一体性を認めていた初期の見解のほうが、現在の法系論として再評価されるべきである」とする。五十嵐・前掲書注(2) 191頁。
  - (18) ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note (6). 本書のすぐれた邦訳として、ツヴェイゲルト＝ケッツ (大木雅夫訳)『比較法概論 原論上下』(東京大学出版会、1974年)がある。
  - (19) WILLIAM TWINING, *GENERAL JURISPRUDENCE* 77 (2009). 第3版では、今でも社会主義国である中国法と民主主義的憲法と西欧モデルとする高度に発展した法制度を有する日本法とを同じ極東法圏とすることを否定し、「極東における法」として中国法と日本法とした。ZWEIGERT & Kötz, *supra* note (6) at 287-288.
  - (20) Constantinesco は、私法のみならず公法分野からも、法の観念と法の役割、イデオロギーと教条、社会的所与と法的構成、経済組織、国家の観念と役割、市民の基本権、法源とそのヒエラルヒー、法律および法の解釈、法観念と基本的な法範疇という項目からなる「規定的要素 (determinierende elemente)」を基準として、法圏分類を行う。CONSTANTINESCO, *Die*

*KULTUREKREISE ALS GRUNDLAGE DER RECHTSKREISE*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG 161 (1981).彼の所説については独自性が乏しいと評される。五十嵐清『現代比較法学の諸相』247頁(信山社、2002年)。詳しくは、廣岡篤「コンスタンティネスコの比較法理論 北法53巻1号127-177頁(2002年)参照。

- (21) Malmström, *The System of Legal Systems*, 13 SCANDINAVIAN STUDIES IN LAW 129, 143 (1969), 大木・前掲注(1) 125頁。
- (22) ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note (18), at 72.
- (23) MARRY ANN GLENDON, PAOLO G. CAROZZA & COLIN B. PICKER, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS: TEXTS, MATERIALS AND CASES ON WESTERN LAW* (3rd ed. 1994).
- (24) Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 AM. J. COMP. L. 5 (1997), 五十嵐・前掲注(2) 295-296頁。
- (25) 安田によれば、Matteiの三類型は、アジア諸国を含む非西欧諸国の法を3つに区分した「移入法」、「開発法」および「固有法」とほぼ重なるとされる。安田信之『開発法学—アジア・ポスト開発国家の法システム』334頁(名大出版会、2005年)。このような安田の類型論は、アジア諸国の法システムを念頭においた先駆的なものと評価されている。六本佳平『法システムⅠ 比較法システム論』12頁(日本放送出版協会、2002年)。
- (26) ヒンドゥー法は、インド以外にタンザニア、ケニア、ウガンダなどの東アフリカの諸国に適用されている。H. PATRICK GLENN, *LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD* 315 (4th ed. 2010).
- (27) JACQUES VANDERLINDEN, *COMPARER LES DROITS* (1995) (未見)。
- (28) VERON PALMER, *MIXED JURISDICTION WORLDWIDE: THE THIRD LEGAL FAMILY* (2001).
- (29) Reid, *The Idea of Mixed Legal Systems*, 78 TUL. L. REV. 6, 26 (2003-2004).
- (30) PALMER, *supra* note (28), at 60.
- (31) Husa, *Legal Families*, in J. SMITS (ed.), *ELGAR ENCYCLOPAEDIA OF COMPARATIVE LAW* 390-391 (2006).
- (32) Husa, *Classification of Legal Families Today- Is It Time for a Memorial Hymn?*, 55 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 11 (2004), 五十嵐・前掲注(2) 296頁注217。
- (33) ESIN ÖRÜCÜ, *THE ENIGMA OF COMPARATIVE LAW: VARIATIONS ON A THEME FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY* 133 (2004).

- (34) Van Hoecke & Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, 47 INTL & COMP. L.Q. 495 (1998).
- (35) Glenn, *Legal Cultures and Legal Traditions*, in MARK VAN HOECKE (ed.), *EPISTEMOLOGY AND METHODOLOGY OF COMPARATIVE LAW* 10 (2004); TWINING, *supra* note (19), at 80, 五十嵐・前掲書注(2) 297頁。
- (36) GLENN, *supra* note (26). 詳しくは、五十嵐清「法伝統 (legal culture) とはなにか」鈴木禄弥先生追悼論集『民事法学への挑戦と新たな構築』78-92頁(創文社、2008年)参照。
- (37) TWINING, *supra* note (19), at 81-85. Twining は、Glenn を Zweigert & Kötz と並ぶ世界における法を概観するものとして評価する。Id. at 85.
- (38) Woodman, *The Chthonic Legal Tradition-on Everything that is not Something Else*, 1 J.C.L.123 (2006); Huxley, *Buddhist Law, Asia Law, Eurasian Law*, 1 J.C.L.158 (2006); Palmer, *On Galloping Horses and Picking Flowers: China, Chinese Law and the 'Asian Legal Tradition'*, 1 J.C.L.165 (2006); Stickings, *Where Does Japan Belong?*, 1 J.C.L.171 (2006).
- (39) Husa, *supra* note (32), at 17.
- (40) Harding, *Comparative Public Law: Some Lessons from South East Asia*, in ANDREW HARDING AND ESIN ÖRÜCÜ (eds), *COMPARATIVE LAW IN THE 21ST CENTURY* 252-254 (2002).
- (41) DE SOUSA SANTOS, *TOWARDS A NEW COMMON SENSE: LAW, SCIENCE AND POLITICS IN THE PARADIGMATIC TRANSITION* 273 (1995); Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the 20th Century*, 50 AM. J. COMP. L. 671, 677 (2002).
- (42) Husa, *supra* note (31), at 389.
- (43) FRANCOIS VENTER, *CONSTITUTIONAL COMPARISON: JAPAN, GERMANY, CANADA AND SOUTH AFRICA AS CONSTITUTIONAL STATES* (2000); 五十嵐・前掲注(2) 255-56頁および293頁。
- (44) Husa, *supra* note (31), at 384.
- (45) BOGDAN, *supra* note (7), at 85.
- (46) Husa, *supra* note (31), at 384.
- (47) ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 6 (2d ed.1993).
- (48) Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishney, *Law and Finance*, 106 J. POL. ECON. 1113 (1998). 詳しくは、五十嵐清「比較法と経済学—『法的起源説 (Legal Origin Thesis)』

を中心に（１）」札大22巻1号145-69頁（2010年）、松尾弘「シビル・ローと  
コモン・ローの混交から融合へー法改革のためのグローバル・モデルは成立  
可能かー（１）」慶應法学19号185-199頁（2011年）参照。

- (49) Mahoney, *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, 30 J. LEGAL STUD. 503 (2001).
- (50) Siemes, *What does not work in Comparing Securities Laws: a Critique on La Porta et al's Methology*, 16 I.C.C.L.R. 300, 304 (2005). 商事契約においては大陸法系と英米法系との相違はそれほどではない。Hermida, *Convergence of Civil and Common Law in the Space Field*, 34 HONG KONG L. J. 339 (2004).
- (51) 五十嵐は、西欧比較法学者の基準を採用して、東アジア法系の存在を証明しようとしている。五十嵐・前掲注（20）254-261頁。
- (52) 千葉正士『アジア法の多元的構造』（成文堂、1998年）、安田・前掲注（25）。